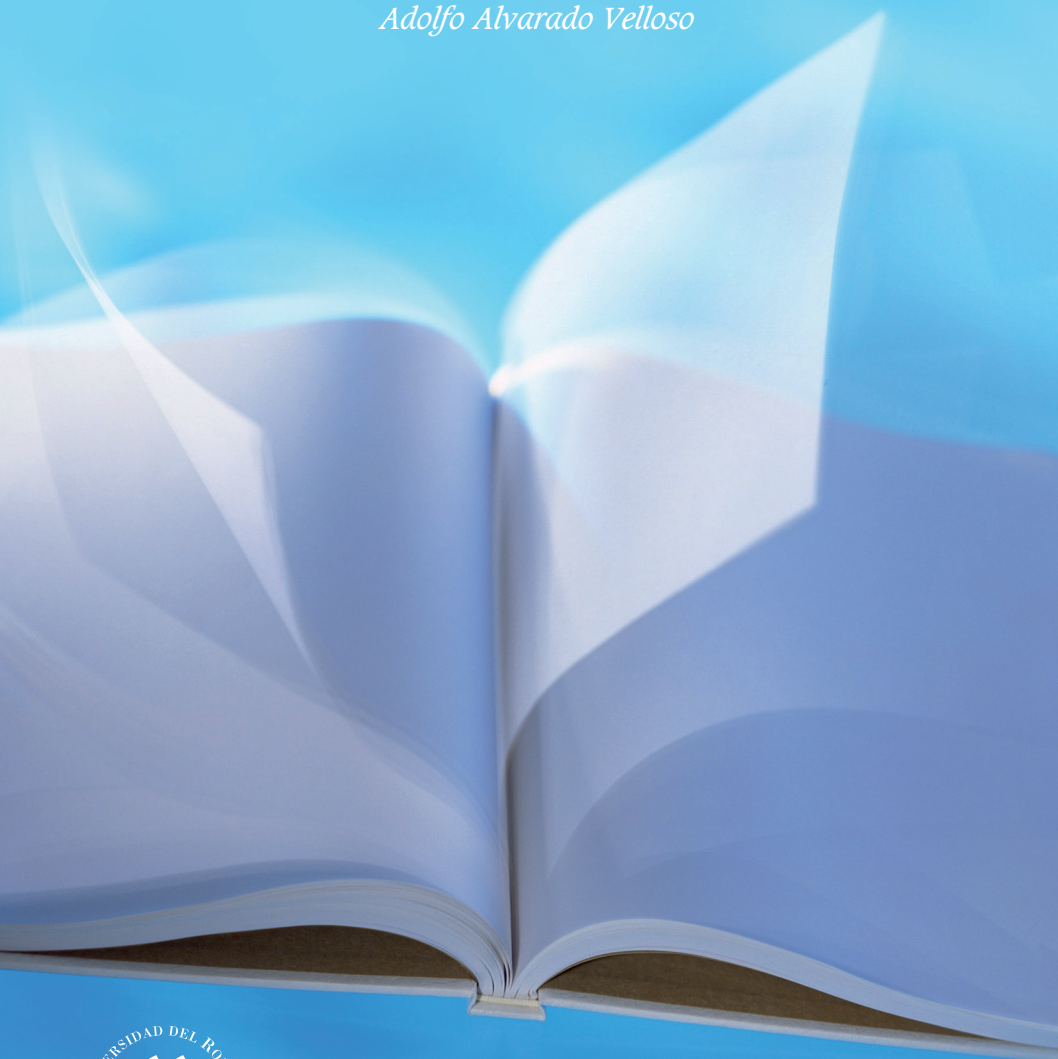


LAS CAUTELAS PROCESALES

Crítica a las medidas precautorias

Adolfo Alvarado Velloso



Colección Textos de Jurisprudencia



Las cautelas procesales

Crítica a las medidas
precautorias

Las cautelas procesales

Crítica a las medidas
precautorias

Adolfo Alvarado Velloso



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

©2010 Editorial Universidad del Rosario
©2010 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
©2010 Adolfo Alvarado Velloso

ISBN: 978-958-738-138-2

Primera edición: Bogotá D.C., septiembre de 2010
Corrección de estilo: Rodrigo Díaz Lozada
Diagramación: Angélica Quinche Ramírez
Diseño de cubierta: Lucelly Anacondas
Impresión: Javegraf
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 13-41 oficina 501 Tel.: 297 0200, Ext. 7724
www.editorial.urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser
reproducida sin el permiso previo escrito de la
Editorial Universidad del Rosario.

Alvarado Velloso, Adolfo
Las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias / Adolfo
Alvarado Velloso. Facultad de Jurisprudencia, Universidad Colegio
Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
Editorial Universidad del Rosario, 2010.
198 p. – (Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-738-138-2

Embargo Preventivo / Medidas Cautelares / Tutela /
/ Prueba (Derecho) / Secuestro / I. Título. / II. Serie
347.077 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Primera parte

Introducción al tema

Las <i>medidas cautelares</i>	15
-------------------------------------	----

Segunda parte

El procedimiento cautelar

Capítulo 1

La petición que lo origina	23
----------------------------------	----

Capítulo 2

Los presupuestos de toda cautela.....	31
2.1. El supuesto precedente de las cautelas en general.....	34
2.2. Los supuestos consecuentes de las cautelas en general.....	34
2.3. Los requisitos generales para otorgar cautelas	35
2.4. Los requisitos específicos para otorgar ciertas cautelas	53

Capítulo 3

Los caracteres de las cautelas admitidas.....	55
---	----

Capítulo 4

La clasificación de las posibles cautelas.....	57
4.1. Las cautelas cuyo objeto es la protección de bienes	58
4.2. La cautela de bienes para asegurar la ejecución forzosa de un derecho aún no declarado	58
4.3. Las cautelas que posibilitan la ejecución forzosa de un derecho ya declarado.....	59
4.4. La cautela de cosas para mantener el <i>statu quo</i> mientras se discute sobre ellas	59
4.5. Las cautelas de derechos inciertos para mantener el <i>statu quo</i> mientras se discute sobre ellos.....	59
4.6. Las cautelas que protegen a las personas que litigan o que pretenden hacerlo	59
4.7. Las cautelas que protegen la producción anticipada de pruebas	60
4.8. Las cautelas que protegen el normal desarrollo del proceso penal	60

Tercera parte

Las cautelas en particular

Capítulo 5

El embargo preventivo.....	63
----------------------------	----

Capítulo 6

El secuestro	79
--------------------	----

Capítulo 7

El depósito judicial de cosa a demandar o ya demandada.....	87
--	----

Capítulo 8

La inhibición general de bienes registrables.....	89
---	----

Capítulo 9

El embargo ejecutivo y la desposesión del bien embargado	93
---	----

Capítulo 10

La intervención judicial.....	99
10.1. En general.....	99
10.2. En particular	101

Capítulo 11

La prohibición de innovar	111
---------------------------------	-----

Capítulo 12

La prohibición de contratar	115
-----------------------------------	-----

Capítulo 13

La anotación registral de litigio pendiente	117
---	-----

Capítulo 14

La protección de personas	119
---------------------------------	-----

Capítulo 15

El otorgamiento de carta de pobreza para litigar	125
--	-----

Capítulo 16

El otorgamiento de fianzas.....	135
16.1. El otorgamiento de fianza para asegurar la defensa útil por un pariente de quien ha sido demandado en juicio	138
16.2. El otorgamiento de fianza para asegurar el cobro de costas eventuales	139
16.3. El otorgamiento de fianza para posibilitar la ejecución de una sentencia no ejecutoriada..	142
16.4. El otorgamiento de fianza para asegurar la comparecencia a juicio de reo penal	144

Capítulo 17

Las cautelas que protegen la producción anticipada de medios de prueba	145
---	-----

Capítulo 18

La prisión preventiva del proceso penal	153
---	-----

Cuarta parte

El anticipo judicial de la prestación demandada

Capítulo 19

Naturaleza jurídica.....	159
19.1. La clasificación de los anticipos de tutela judicial.....	165

Capítulo 20

Los poderes cautelares genéricos	167
--	-----

Capítulo 21

La orden de innovar en la situación jurídica actual	171
---	-----

Capítulo 22

La sentencia autosatisfactiva.....	177
------------------------------------	-----

Primera parte
Introducción al tema

Las medidas cautelares

Habitualmente, toda la doctrina que se ocupa de este tema en América lo estudia bajo la denominación de medidas cautelares o precautorias, de muy antigua raigambre legislativa.¹

También se las conoce como acciones cautelares, y como acciones asegurativas, y como acciones *garantizadoras*, y como procesos cautelares y como providencias cautelares. Como luego se verá, nada de todo eso es.

A pesar de que varios autores argentinos elogian y defienden la designación de medidas cautelares, creo que con ella se peca, nuevamente, de grave defecto terminológico que lleva a seria confusión al legislador² y, a consecuencia de ello, a los magistrados judiciales.

En efecto: castizamente, la voz medida ostenta inusual amplitud de significados y ninguno encierra cabalmente lo que con ello se menciona en el derecho procesal.³ Ya se comprenderá el porqué.

¹ Tanto, que así se mencionaba al tema en la mayoría de los códigos vigentes en el siglo xx.

² Que, en la tarea de normar, incluye como *precautorio* a lo que no lo es: y así, a sus requisitos habituales se someten casos que no tratan de evitar inconvenientes, cual se verá *infra* en la nota 4, sino de adelantar o anticipar la pretensión demandada por medio de mandato judicial emitido sin audiencia previa de quien debe sufrirlo y acatarlo. El tema se comprenderá cabalmente luego de terminar la lectura de este libro.

³ De todas las acepciones castizas del vocablo, la que más puede acercarse a ello refiere *a adoptar o tomar una disposición dirigida a o encaminada a prevenir cierta contingencia o a evitar que suceda algo*.

Igual ocurre con la palabra precautoria,⁴ la que tampoco describe integralmente el fenómeno que se analizará en esta obra.

Por mi parte, prefiero utilizar el sintagma *petición cautelar*, por las razones que se verán en el punto siguiente.

Con los imprecisos alcances ya vistos, la tutela judicial cautelar (o precautoria) se ocupó primariamente y desde antaño en proteger el crédito del acreedor que, para poder percibir su acreencia, precisaba cursar todo un largo y costoso proceso durante el cual el deudor podía llegar a insolventarse para evadir el pago de su deuda.⁵ Y para ello, se le aseguraba, en la medida de lo posible,⁶ que pudiera recibir la prestación reclamada en el litigio luego de que ganara el pleito y debiera ejecutar la sentencia favorable a su interés.

Con este objeto en la mira, el legislador instauró la figura del *embargo preventivo*, mediante el cual –y hasta el día de hoy– se afecta un bien del deudor a su eventual remate, a fin de lograr con ello el dinero necesario para que el acreedor pueda cobrar su acreencia.

Como es de toda lógica, la orden de embargo debe ser emitida siempre *sin previa audiencia del deudor* (pues, caso de saber él que dejará de disponer libremente del bien que se le embargue, es altamente posible que lo esconda o lo transfiera,

⁴ Es lo que sirve de precaución y esta voz, a su turno, significa el *cuidado que se pone al hacer algo, para evitar inconvenientes, dificultades y daños*.

⁵ Cosa que ocurre exactamente igual en la actualidad.

⁶ La seguridad nunca es tal: el deudor puede morir, concursarse o quebrar; es posible que aparezcan acreedores con privilegio o de grado preferente, etcétera. En todos estos casos, el acreedor embargante no aseguró nada (en el sentido de dejar firme o seguro o de tener la certeza de que podrá percibir su crédito con el bien embargado).

burlando así los eventuales derechos del acreedor). Y así se hace sin excepción en todas las legislaciones procesales vigentes en América Latina (de ahí es que me parece apropiado denominar *petición* –y no *acción procesal*–⁷ a este tipo de pretensión).

En razón de que el *embargo preventivo* es la figura cautelar más antigua en la legislación procesal y, además, la mejor, más extensa y detalladamente tratada, el resto de las cautelas imaginables aparecidas con posterioridad han remitido a aquella figura la normación de sus propias condiciones de actuación.

Y, hasta hoy, cuando la ley autoriza otra forma de protección cautelar diferente a la del embargo (por ejemplo, la prohibición de innovar) hace una remisión de sus propias condiciones a las del embargo preventivo, con lo cual éstas han pasado a convertirse de hecho en las *condiciones generales de todas las formas de protección cautelar*.⁸ Esto se puede ver en casi todas las legislaciones de América, salvo en las pocas que ya han insertado un capítulo cautelar genérico referido a todos los supuestos legislados.

Por otro lado, y sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar*, el legislador previó desde antaño la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca

⁷ Pues generalmente no hay bilateralidad del instar en las cautelas.

⁸ Por ahora, y sin perjuicio de lo que se verá luego en el texto, tales condiciones son: *verosimilitud en el derecho*, *peligro en la demora* y *prestación de contracautela*.

del derecho a cerrarlo. La obviedad del ejemplo me exime de todo otro comentario al respecto.

De la misma forma, cuando una mujer que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dura la tramitación del juicio, es claro que debe recibirlos de inmediato, pues caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el final del pleito.

Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones sobre la base de derechos contenidos en la ley de rango superior.⁹

A partir de la década de los años 50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisibile y peligrosísima discrecionalidad judicial.

Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se denomina como

⁹ En esta tesitura, la jurisprudencia de siempre se mostró parca y cautelosa con los adelantos extemporáneos de los resultados pretendidos en el litigio. Así lo entendió la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, como se puede ver en JA, 2005-IV-67 y en muchos tribunales del país: LL, 2005-A-475; JA, 1998-I-469; ED, 43-235, etcétera, hasta la irrupción del caso *Camacho Acosta (c. Grafo Graf SRL, 07.08.97, LL, 1997-E-653)*, referido a excepcional asunto de muy urgente solución. Por cierto, no cabe siquiera pensar en poner en tela de discusión su estricta justicia. Pero dado el auge que cobró tal solución, extensiva ahora a muchos otros problemas a veces no tan graves, la pregunta que se impone es otra: ¿Puede obviarse el proceso con la mera invocación unilateral de una semejante urgencia?

poder cautelar genérico y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

En esta tesitura, y dentro de tal marco, aparecieron nuevas “cautelas”: por ejemplo, la *medida innovativa*, y hoy la cada día más común tutela anticipada, a las cuales me referiré luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de las *medidas precautorias*.

Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que nada cautelaba, sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena que, además, en algunos casos no llega a dictarse jamás.¹⁰

Pero la denominación de *medidas precautorias o cautelares* otorgada a estos anticipos de sentencia hizo que se les aplicaran sin más, y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia).

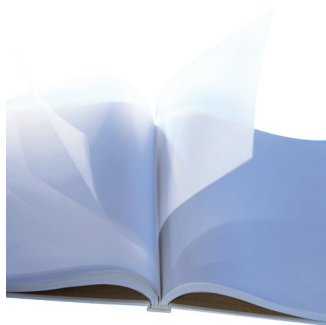
Y, así fue que, a raíz de ello, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio.

A tal punto se ha llegado en este notable desfase que, contrariando a toda la lógica y a los más elementales principios que regulan el *debido proceso republicano*, se han instalado hoy en muchas legislaciones las denominadas *medidas autosatisfactivas*, muestra palmaria de lo que aquí se sostiene.

¹⁰ Con lo cual todo termina en sede cautelar. ¡Absurdo!

A tenor de las ideas expuestas, que creo ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaré ahora el tema desde la óptica ya adelantada.

Mientras eso ocurre, habrá que tener siempre presente que desarrollaré en este punto, y con exclusividad, lo relativo a *las cautelas propiamente dichas*, dejando para después todo lo que sea anticipo de sentencia.



En esta obra el prestigioso jurista argentino Adolfo Alvarado Velloso, máximo exponente en América de la escuela conocida como *garantismo procesal*, analiza con prolija científicidad y desde una perspectiva crítica todo lo atinente a las medidas cautelares.

Para este efecto y enmarcado dentro de lo que él llama el debido proceso republicano, opta por acudir al sintagma *petición cautelar*, como una manera de dejar en claro que en lo relacionado con estos temas no hay bilateralidad en el derecho de instar; que se trata de un simple procedimiento y que por ese motivo no es atinado referirse a ellos como producto del ejercicio de la acción procesal.

Así mismo, luego de desarrollar en detalle la naturaleza jurídica de las cautelas procesales, sus presupuestos, requisitos y clasificaciones según recaigan sobre bienes, personas o medios de prueba, al final se ocupa de dejar en evidencia los ilegítimos poderes cautelares genéricos, en particular aquellos que tienen que ver con la orden de innovar en la situación jurídica actual y la sentencia autosatistactiva, los cuales, a su juicio y producto de un activismo judicial cada vez más acentuado, resultan ser contrarios a las constituciones de nuestros países.

